

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB110751-O/U/hb

Mitwirkend: die Oberrichter lic.iur. Th. Meyer, Vorsitzender, und lic.iur. Ruggli,
Ersatzoberrichterin Dr. Bühler sowie der Gerichtsschreiber lic.iur.
Hafner

Urteil vom 2. März 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **mehrfaches Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz und
Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom
13. Oktober 2011 (DG110106)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 5. Mai 2011 (Urk. 14) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig des mehrfachen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 - 6 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 42 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 335 Tage durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Beschuldigte seit dem 28. April 2011 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.
5. Die mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 21. Februar 2008 ausgefallte bedingte Freiheitsstrafe von 15 Monaten wird widerrufen.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 22. November 2010 beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse unter der Sachkautions-Nummer ... lagernde Barschaft von Fr. 6'000.– wird eingezogen und verfällt dem Staat.
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 22. November 2010 beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse unter der Sachkautions-Nummer ... lagernde Barschaft von Fr. 31'800.– wird definitiv beschlagnahmt und zur Kostendeckung verwendet.

8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 18. Januar 2011 beschlagnahmten und bei der Bezirksgerichtskasse unter der Sachkautions-Nummer ... lagernden Gegenstände

- 1 Mobiltelefon Nokia, IMEI-Nr. ..., Rufnummer ...
- 1 Mobiltelefon Nokia, IMEI-Nr. ..., Rufnummer ...
- 1 Mobiltelefon Panasonic, IMEI-Nr. ..., ohne SIM-Karte
- 1 SIM-Karte, Sunrise Nr. ..., Rufnummer ...
- 1 SIM-Karte, Sunrise Nr. ..., Rufnummer ...
- 1 SIM-Karte, Sunrise Nr. ..., Rufnummer ...
- 1 Zugangscode zu SIM-Karte, Rufnummer ...

werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

9. Die anlässlich der Hausdurchsuchung (... [Adresse]) vom 12. November 2010 sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer ... lagernden Gegenstände

- Waage (blau; Asservat-Nummer ...)
- Verpackung (diverse Minigrip-Säckli; Asservat-Nummer ...)

werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

10. Die anlässlich der Hausdurchsuchung (... [Adresse]) vom 12. November 2010 sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich lagernden Gegenstände

- kaufmännisches Dokument (diverse Bankbelege, Einzahlungsquittungen, Lebenslauf usw.; Asservat-Nummer ...)
- Brief (Lebenslauf von B._____, 1 Adressbüchlein rot; Asservat-Nummer ...)

werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides auf erstes Verlangen herausgegeben und nach unbenutztem Ablauf einer dreimonatigen Frist von der Lagerbehörde vernichtet.

11. a) Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 24. November 2010 bei der C.____ angeordnete Kontosperrung (IBAN ...) wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids aufgehoben und die

- C. _____ angewiesen, den Saldo dieses Kontos an die Kasse des Bezirksgerichts Zürich zu überweisen.
- b) Diese mit obgenannter Verfügung sichergestellten Vermögenswerte werden definitiv beschlagnahmt und zur Kostendeckung verwendet.
12. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
- | | | |
|-----|-----------|---------------------------------|
| Fr. | 3'600.– | ; die weiteren Kosten betragen: |
| Fr. | 22'419.– | Kosten Kantonspolizei |
| Fr. | | Gebühr Anklagebehörde |
| Fr. | | Kanzleikosten |
| Fr. | 7'230.– | Auslagen Untersuchung |
| Fr. | 12'723.15 | amtliche Verteidigung |
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
13. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen, soweit sie nicht durch die gemäss Ziffern 7 und 11 beschlagnahmten Beträge gedeckt werden können; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) des Verteidigers des Beschuldigten:

(Urk. 53 S. 1 f.)

1. Es sei festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4.A., vom 31. Oktober 2011 bezüglich dem Schuldspruch (Ziff. 1), bezüglich der Vormerknahme des vorzeitigen Strafvollzugs (Ziff. 4), bezüglich des erstinstanzlichen Kostendispositivs (Ziff. 12 und 13) und auch be-

züglich Ziff. 6-11 des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Der Beschuldigte sei in Korrektur (von Ziff. 2, 3 und 5) des angefochtenen Urteils milder zu bestrafen, nämlich mit einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 3 Jahren unter Anrechnung der bereits erstandenen Haft und des erstandenen vorzeitigen Strafantrittes, wobei dem Berufungskläger der teilbedingte Vollzug zu gewähren sei. Vorallem sei auf den Widerruf der mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 21. Februar 2008 ausgefallten bedingten Freiheitsstrafe von 15 Monaten zu verzichten.
 3. Alles unter gesetzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren.
- b) des Vertreters der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:
(Urk. 46, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Am 5. Mai 2011 klagte die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich den Beschuldigten an wegen mehrfachen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von dessen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3-6 in Verbindung mit Ziff. 2 lit. a (alte Fassung; Urk. 14). Mit Urteil vom 13. Oktober 2011 sprach das Bezirksgericht Zürich den Beschuldigten anklagegemäss schuldig und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 42 Monaten unter Anrechnung von 355 Tagen Untersuchungshaft und vorzeitigem Strafvollzug. Gleichzeitig ordnete es den Vollzug der mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Februar 2008 ausgefallenen, bedingten Strafe von 15 Monaten und die Einziehung der beschlagnahmten Vermögenswerte und Gegenstände an (Urk. 41 S. 19 f.).

2. Gegen das Urteil vom 13. Oktober 2011, das gleichentags mündlich eröffnet worden war (Prot. I S. 13), liess der Beschuldigte am 22. Oktober 2011 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 34). Nach Erhalt des begründeten Urteils am 22. November 2011 (Urk. 37/2) folgte mit Eingabe vom 12. Dezember 2011 innert Frist seine Berufungserklärung mit den oben erwähnten Anträgen (Urk. 42). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 46).

3. Die Berufung des Beschuldigten ist auf das Strafmass, den Widerruf sowie den Vollzug beschränkt (Urk. 42). Der Beschuldigte verlangt eine teilbedingte Freiheitsstrafe von 3 Jahren und das Absehen vom Widerruf. Der Schuldspruch der Vorinstanz (Dispositiv-Ziffer 1), die Entscheide über die Einziehung der beschlagnahmten Vermögenswerte und Gegenstände (Dispositiv-Ziffern 6 bis 11) sowie die vorinstanzliche Kostenregelung (Dispositivziffern 12 und 13) wurden nicht angefochten und sind demnach rechtskräftig geworden. Dies ist vorab festzustellen.

II. Strafzumessung

1. Seit dem 1. Juli 2011 ist das revidierte Betäubungsmittelgesetz in Kraft, das mit Bezug auf das blosse Anstaltentreffen in Hinblick auf strafbare Handlungen im Zusammenhang mit Drogen neu eine Strafmilderung nach freiem Ermessen erlaubt. Da der Schuldspruch nach altem Recht bereits rechtskräftig ist und auch bei einer Anwendung des neuen Rechtes keine Strafmilderung in den Punkten, in denen es beim Anstaltentreffen blieb, zu erwarten ist, was bereits die Vorinstanz darlegte (Urk. 41 S. 6 f.), ist die Strafzumessung nach bisherigem Recht vorzunehmen, wogegen auch die Verteidigung nicht mehr opponiert (Urk. 42 S. 3).

2. Verbrechen gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3-6 in Verbindung mit Ziff. 2 lit. a alt-BetmG werden mit Freiheitsstrafe von einem bis zu 20 Jahren bestraft, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zur Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen, es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist das Gericht an das gesetzliche Höchstmass der Strafe gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (Urk. 41 S. 9.), reicht der ordentliche Strafrahmen vorliegend demnach von einem bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe, wobei zusätzlich eine Geldstrafe ausgesprochen werden kann.

3. Zur objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte vom 28. August 2010 bis zum 12. Oktober 2010 bei drei Treffen insgesamt ca. 2,3 Kilogramm Kokaingemisch von Kurieren übernahm und anschliessend gewinnbringend verkaufte oder auf Anweisung seiner Vorgesetzten an Dritte weitergab. Er wurde am 12. November 2010 verhaftet, als er weitere 790 Gramm Kokaingemisch von einem Kurier übernehmen wollte. Wie die Vorinstanz überzeugend begründete (Urk. 41 S. 5 f.), ist von einem Reinheitsgehalt von 33% auszugehen, was ca. 1 Kilogramm reines Kokain ergibt. Durch eine solche Drogenmenge wurde eine Vielzahl von Menschen gefährdet und die Schwelle zum schweren Fall um das Vielfache überschritten. Mit dem Verkauf von insgesamt über 1 Kilogramm Kokaingemisch (Urk. 2/6 S. 8, Urk. 2/7 S. 5 und Urk. 2/9 S. 5-7) erwirtschaftete der Be-

schuldigte während 16 Monaten einen Erlös von rund Fr. 55'000.--, den Grossteil davon innerhalb von weniger als vier Monaten. Dies zeugt von einer beträchtlichen kriminellen Energie. Zusätzlich zur Drogenmenge fällt die Anzahl der Tathandlungen ins Gewicht. Auch wenn der Beschuldigte keine höhere Position in der Hierarchie des Kokainhandels einnahm und die Droge auch direkt an Konsumenten verkaufte, so war er doch kein reiner Befehlsempfänger. Er organisierte den Verkauf selbstständig, wozu er über ein eigentliches Kontaktnetz verfügte. Er stand auch persönlich in Kontakt mit den Drogenlieferanten im Ausland und mit den Kurieren. Seine Stellung im Drogenhandel war daher nicht mehr völlig untergeordnet.

Dass es am 12. November 2010 nicht zur Übernahme der 790 Gramm Kokaingemisch und später auch nicht zu dem vom Beschuldigten geplanten Verkauf von 500 Gramm dieses Gemisches kam, ist nur seiner rechtzeitigen Verhaftung zuzuschreiben und wirkt sich deshalb nur in sehr geringem Masse zu seinen Gunsten aus. Insgesamt ist daher von einer erheblichen objektiven Tatschwere auszugehen.

4. Subjektiv fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte weder drogenabhängig noch in finanziellen Nöten war, verfügte er doch über ein legales monatliches Einkommen von Fr. 3'800.-- bis Fr. 4'300.-- (Urk. 2/9 S. 10). Auch seine Ehefrau war in dieser Zeit zumindest teilweise berufstätig. Der Beschuldigte handelte somit aus freiem Willen und aus rein finanziellen Interessen. Da er bereits einschlägige Erfahrungen im organisierten Drogenhandel gemacht hatte, wirkt sich auch der von ihm geltend gemachte Umstand, er sei durch Bekannte seines Halbbruder in den Drogenhandel "hineingeraten", da diese von ihm Geld für die Schulden seines Bruders verlangt hätten (Urk. 25 S. 6), nicht zu seinen Gunsten aus. Weder bestand eine eigentliche Familienpflicht, noch schuldete er dem Halbbruder Gehorsam. Der von der Verteidigung geltend gemachte Strafmilderungsgrund gemäss Art. 48 lit. a Ziff. 4 StGB liegt demnach nicht vor. Der Beschuldigte war sich der strafrechtlichen Konsequenzen seiner Handlungen nur zu bewusst und hatte auch verschiedene legale Alternativen, um seinem Halbbruder finanziell auszuhelfen,

delinquierte aber dennoch. Die subjektive Tatschwere ist daher ebenfalls als erheblich zu qualifizieren.

Aufgrund der Tatkomponenten und angesichts der mehrfachen Tatbegehung sowie der Deliktsmehrheit erweist sich eine hypothetische Einsatzstrafe von mindestens 36 Monaten als angemessen.

5. Bezüglich der persönlichen Verhältnisse kann vornehmlich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 41 S. 12 f.). Hinzuzufügen ist, dass entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 53 S. 8) keine Strafempfindlichkeit vorliegt. Die Trennung von der Ehefrau und anderen Verwandten ist die logische Konsequenz einer längeren unbedingten Freiheitsstrafe. Ausserordentliche Umstände, die eine Strafreduktion in Betracht kommen lassen würden, liegen hier nicht vor.

Auf das Strafmass haben die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten keine Auswirkungen. Massiv strafe erhöhend zu gewichten sind jedoch die drei einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten (Urk. 12/5). Der Ansicht der Verteidigung, die Vorstrafen des Beschuldigten seien weniger strafe erhöhend zu werten, als dies die Vorinstanz getan habe, ist nicht zu folgen. Die von ihr zitierte Literatur (Ur. 53 S. 6 f.) geht von einem "haltlosen, antriebs- und willensschwachen" Täter aus, der in kriminelles Fahrwasser geraten ist. Vorliegend lebte der mehrfach einschlägig vorbestrafte, aber nicht drogensüchtige Beschuldigte zur Tatzeit in geordneten familiären und beruflichen Verhältnissen. Unter diesen Umständen gehen auch die erwähnten Lehrmeinungen von erhöhter Schuld aus (BSK StGB I-Wiprächtiger, Art. 47 N 105 f.). Ebenfalls strafe erhöhend wirkt sich aus, dass der Beschuldigte während laufender Probezeit und trotz des drohenden Vollzugs einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten delinquierte. Dies zeugt von einer ausgeprägten Unbelehrbarkeit. Zu seinen Gunsten ist demgegenüber sein Geständnis zu werten. Er zeigte sich, wenn auch nicht von Anfang an, so letztlich doch vollumfänglich geständig und erleichterte die Strafuntersuchung auch gegen seine Mittäter (Urk. 2/3 S. 18). Zu berücksichtigen ist allerdings, dass sich sein Geständnis vornehmlich auf Sachverhalte bezog, bei denen sich der Beschuldigte bereits mit

einer ihn stark belastenden Beweislage konfrontiert sah (Urk. 2/3 S. 13 ff., Urk. 2/7 S. 4 ff.). Es wirkt sich daher nur leicht strafmindernd aus.

6. Aufgrund der Täterkomponente wäre die Einsatzstrafe folglich um 12 Monate zu erhöhen, was aber dem Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO zuwiderlaufen würde. Die von der Vorinstanz ausgesprochene Freiheitsstrafe von 42 Monaten ist demnach zu bestätigen. Die erstandene Untersuchungshaft sowie der vorzeitige Strafvollzug von bis heute insgesamt 475 Tagen sind daran anzurechnen.

III. Widerruf

Begeht der zu einer bedingt vollziehbaren Strafe Verurteilte in der Probezeit erneut ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Delikte verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe (Art. 46 Abs. 1 StGB). Die vorliegend eingeklagten Straftaten beging der Beschuldigte während der fünfjährigen Probezeit, die ihm mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Februar 2008 angesetzt worden war. Die Verurteilung zu einer längeren bedingten Freiheitsstrafe vermochte den Beschuldigten nicht davon abzuhalten, schon im folgenden Jahr erneut mit Drogen zu handeln. Er delinquierte damit bereits zum vierten Mal und erneut während laufender Probezeit (Urk. 12/5), was seine Unbelehrbarkeit beweist. Dass der Beschuldigte geheiratet und eine Aufenthaltsbewilligung erworben hatte, mithin in geordneten Verhältnissen lebte, hielt ihn nicht vom Delinquieren ab. Ihm kann daher entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 42 S. 3) keinesfalls eine besonders günstige Prognose gestellt werden. Im Gegenteil ist ernsthaft zu befürchten, dass er auch in Zukunft einschlägige Straftaten begehen wird. Die mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Februar 2008 ausgefallte, bedingt vollziehbare Strafe von 15 Monaten Gefängnis ist folglich zu widerrufen.

Da es sich sowohl bei der heute auszusprechenden Strafe wie auch bei der zu widerrufenden Vorstrafe um Freiheitsstrafen handelt, ist gemäss Praxis des Bun-

desgerichts keine Gesamtstrafe zu bilden (BGE 134 IV 241 E. 4 und 137 IV 57 E. 4.3).

IV. Kosten

Ausgangsgemäss sind dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren sind unter dem Vorbehalt der Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse zu nehmen, soweit sie nicht durch die beschlagnahmten Vermögenswerte gedeckt sind.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 13. Oktober 2011 (DG110106) hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 1 (Schuldpunkt), 6-11 (Entscheid über die Einziehung von beschlagnahmten Vermögenswerten und Gegenständen) sowie 12 und 13 (Kostenregelung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 42 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 475 Tage durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstanden sind.
2. Die Gewährung des bedingten Vollzugs der mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Februar 2008 ausgefallten Freiheitsstrafe von 15 Monaten wird widerrufen.

3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
- Fr. 3'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 4'705.55 amtliche Verteidigung.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren werden auf die Gerichtskasse genommen, soweit sie nicht durch die von der Vorinstanz eingezogenen Beträge gedeckt werden können. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- sowie in vollständiger Ausfertigung an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
 - die Bundesanwaltschaft
- und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
- die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.

6. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 2. März 2012

Der Vorsitzende:

lic.iur. Th. Meyer

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. Hafner